DE
NATUARA ATQUE INDOLE SERVITUTUM PERSONARUM,
QUAS VOCANT IRREGULARES.

COMMENTATIO

QUAM

CONSENSU ET AUCTORITATE

ILLUSTRIS IURECONSULTORUM ORDINIS

IN ACADEMIA FRIDERICIANA HALENSI CUM VITEBERGENSI CONSOCIATA

PRO

SUMMIS IN UTROQUE IURE HONORIBUS

RITE CAPESSENDIS

DIE XIX. M. AUGUSTI A. MDCCCLXI.

HORA XI.

PUBLICE DEFENDET

AUCTOR

EUGENIUS KINDERVATER

STENDALIENSIS.

ADVERSARII ERUNT:

ARN. BAR. SENFFT DE PILSACH, DR. IUR. UTR.
NATH. WOHLTHAT, STUD. THEOL.
GUST. DE ROCKENTHIEN, STUD. THEOL.

HALIS SAXONUM

FORMIS PLOETZIANIS.

VIRO PERILLUSTRI

CAROLO WITTE

IURIS PROFESSORI PUBLICO ORDINARIO
REGI A CONSILIIS IUSTITIAE INTIMIS COLLEGII DE
IURE RESPONDENTIUM PRAESIDI
AQUILAE RUBRAE EQUITI

D. D. D.

AUCTOR.

De natura atque indole servitutum personarum, quas vocant irregulares.

Servitutes aut personarum sunt, ut usus et ususfructus, aut rerum, ut servitutes praediorum rusticorum et urbanorum. [1]) Praeterea nostri Icti servitutes in regulares et irregulares dividunt, quoniam et ea jura, quae plerumque praediis solent constitui, etiam personae constitui possunt, et quae ad alterutrum praediorum genus solent pertinere, etiam iis praediis acquiri possunt, quae in altero sunt genere [2]). Primus Udalricus Zasius hoc nomen induxit, qui quatuor servitutum differentiis allatis [3]) „adde, inquit, quintam scilicet quum servitus habet obligationis personalis vim, quam potestis dicere ignominem vel innominatam aut irregularem, quae tamen hodie est consuetissima." Neque vero cum his servitutibus illae confundendae sunt, quas glossatores aliique Icti item innominatas vocant; nam, alia notione subjecta, servitutes urbanas nominatas habent illas, quae ponuntur in l. 1. pr. de S. P. U., innominatas vero illas rusticas, quae ponuntur in l. 1. §. 1. de S. P. R. Atque quidem nominatae dicuntur, quia sunt nomina juris ut iter, actus, via, aquaeductus, sed innominatae ideo dicuntur, quia illa sunt nomina actus non nomina propria, sicut sunt aquae haustus, pecoris ad aquam appulsus" [4]).

---

1) L. 1. D. 8, 1. 2) Mühlenb. doct. Pand. I. §. 278. 280.
3) ad lib. VIII. de servitut. tit. 1.
4) Caepolla tract. de serv. p. 22. glo. computanda ad l. 1. S. P. R.

Nobis propositum est quaerere, possitne jus, quod praedio deberi solet, aut praedium vicinum non habenti aut nullo ejus respectu habito personalis servitutis jure constitui. Itaque a re proposita alienum est:

1. si praedio ita constituitur servitus, ut ad dies vitae possessoris debeatur. Ipso quidem jure quamquam servitutes praediorum ad tempus imponi nequeunt, tamen si hoc inter contrahentes actum est, pacti vel per doli exceptionem occurritur contra placita servitutem vindicanti. Quo servitutibus personarum simillimae fiunt, sed praediorum naturam retinent, ut eorum sententia non probanda videatur, qui usumfructum vel usum eas esse putant.
2. Si cui jus debetur, quod non servitutis sed tantum obligationis vim habet. Nam dubium non est, quin omnia jura, quae servitutes constitui solent, etiam in obligatione esse possint. [5]) Utilitas autem hujus distinctionis est, quia si est servitus, potero agere cum quocunque possidente, si obligatio personalis, non nisi cum eo qui promisit.
3. Si quis servitute veluti aquae haustus imposita pacto vel stipulatione intervenientibus alii vicino haustum ex rivo cedit. Quo natura servitutis nihil mutatur. [6]) Nam ejus modi haustus servitus non est, sed in obligatione tantummodo consistit, quia servitus servitutis esse non potest.

Haec ergo sunt, quae ad nostram quaestionem non pertinent. Sed priusquam ad eam ipsam accedamus, e re esse videtur, ut diversas sententias exponamus, quas Icti nostri inde a glossatoribus usque ad nostram aetatem de ea protulerunt.

Glossatores de servitutibus irregularibus inter se dissenserunt. Rogerius, Petrus, Hugo, qui idem Hugolinus nominatur, eas servitutes personales; Azo autem et Johannes, quos Accursius sequitur, aut servitutes praediales ad dies vitae constitutas sc. si praedium vicinum habenti de-

---

5) L. 13. §. 20; l. 21. §. 1. act. emt. (19, 1.)

6) Sintenis Civil. R. §. 58. not. 2.

beantur,[7]) aut si non habenti jura personalia esse contendebant [8]). Bartolus et Baldus Accursii glossam amplectentes nulla nova argumenta ad nostram quaestionem illustrandam attulerunt, nisi quod ille ad l. 37. D. 8, 3. distinctiones quasdam proposuit. „Ex indeterminata enim, inquit, concessione respectu fundi dominantis facit praesumi concessionem personalem, alias in dubio esset realis. Aut verba concessionis referuntur ad factum aut referuntur ad jus. Primo casu praesumitur personalis, secundo casu standum est distinctioni hujus loci. Aut conceditur jus respectu fundi determinati et praesumitur realis aut indeterminati et praesumitur personalis, nisi ratio personarum aliud inducat.“ His certe nihil ad nostram quaestionem contulit. Idem de Udalrico Zasio dicendum est, quem vocis servitutum irregularium auctorem fuisse, jam supra commemoravimus. „Credo, inquit [9]), si ratione fundi mei jus constituas, etiam si nulla praecisa aut directa aut immediata utilitas exstet, posse dici realem, si ex fundo tuo mihi constituas facultatem aliquid faciendi respectu personae meae . . . . tunc si ea conventio in personam tuam non in fundum radicatur, haec non erit servitus sed obligatio vel pactum personale.“ Et paulo post, „habes enim ex eo, inquit, quando tibi jus servitutis non occasione fundi certi sed ad eum locum, quem elegeris conceditur, esse jus personale et non servitutem.“

Ita glossatores atque qui post eos jus Romanum interpretati sunt, hac de re sensisse, mirum esse non potest. Nam quum usque ad Udalrici Zasii aetatem Icti in corpore juris civilis tantum Justiniani imperatoris leges contineri easque ita in Germaniam receptas esse putarent, praeter usum, usumfructum, habitationem, operas servorum personarum servitutes constitui posse negarent necesse erat.

7) gl. non eadem ad l. 4—6. D. 8, 3.

8) gl. valet exceptio ad l. 32. D. 7, 1., gl. quocunque ad l. 37. D. 8, 3; gl. admittendum ad l. 6. D. 33, 3.; gl. personae tamen ad l. 14. §. 3. D. 34, 2.

9) ad lib. VIII. de servitut. tit. 1.

Quamobrem glossa jus pascendi, quod dominus in tradendo fundo sibi retinuit, usum esse negat, quia „personales, inquit, sunt quatuor ususfructus, usus, habitatio, operae servorum; aliae reales sive praediales appellantur“ [10]). Praeterea quum ad usum loquendi Ictorum Romanorum nullum respectum haberent, verba usus et ususfructus non solum servitutem personae sed omnem potestatem [11]) utilitatemque fruendi [12]) significare censebant. Denique opinionem suam lege 14. §. 3. de alim. legat. confirmari putarunt, quam nulla interposita dubitatione secundum vulgarem lectionem interpretabantur. In hoc loco inprimis nostrae quaestionis disceptatio posita erat. Sed quum quinto et sexto decimo seculo antiquarum literarum studia laetiora caperent incrementa, etiam Icti suam scientiam ad antiquam sapientiam conformarunt.

„Maxime in eo doctrinae genere versati sunt, ut juris Justinianei libros ad criticam subtilitatem revocarent eosdemque ex ipsorum fontibus explicarent“ [13]). Imprimis studia Icti in legibus interpretandis posuerunt, quare ad legem 14. de alim. leg. animos verterent necesse erat. Quo factum est, ut longe aliam sententiam, quam glossatores defenderent. Ita Franc. Duarenus (ob. 1559) servitutes, de quibus agitur, usuifructui vel usui similes esse contendit, Nam „quod si, inquit [14]), ad commodum suum magis quam praedii jus aliquod reale acquisierit quispiam, servitus tantum personalis erit, usuifructui nempe vel usui similis, quae licet heredem non sequatur tamen vindicari potest, ut hic Ulpianus scribit“ et [15]) „tametsi, inquit, aquae ducendae servitus in numero servitutum realium referatur, interdum tamen potest esse personalis, si ita actum esse appareat . . . quamobrem finietur cum persona nec ad heredes transmittetur.“ Cujacius (nat. 1522. ob. 1590.) quum vulgarem

10) gl. quod personae ad l. 32. D. 7, 1.
11) gl. usum ad l. 37. D. 8, 3.
12) gl. ususfructus ad l. 4—6. D. 8, 3.
13) Mühlenb. doct. pand. I. §. 20.
14) ad l. 4. D. 8, 3.
15) ad l. 37. D. 8, 3.

legis 14 cit. lectionem falsam haberet, ita eam legendam esse conjecit: nam et haustus aquae ut pecoris ad aquam appulsus est servitus, personae tamen ejus, qui vicinus non est, non inutiliter relinquitur[16]; quare eo pervenit, ut, omnes servitutes et praediis et personis constitui posse putaret. „Potest enim, inquit, [17]) eadem servitus modo esse praedii modo personae, nec ulla est, quae semper sit praedii hoc est quae non possit esse personalis . . . . . jus etiam personae potest esse quaelibet servitus, quae praedii servitus est, ex voluntate defuncti." Atque in Observ. [18]): „quae non his duabus, inquit, servitutibus personalibus (usui et usuifructui) similiter assimilantur, servitutes personarum non sunt, verum conventio . . . . justa est et obligationem parit" et in Recitat. solenn. [19]) „ita demum praedialia (jura) si respectu praediorum concedantur, nam possunt esse personalia; at tunc assumunt nomen usus vel ususfructus. Nam his nominibus omne jus personale continetur." In eadem sententia est Hugo Donellus (nat. 1527. ob. 1591.), qui [20]) „duorum alterum, inquit, personae esse servitutem ostendet aut aperta conventio aut natura servitutis constitutae . . . . si nihil convenit aperte, haec erit regula, ut si servitus constituta potest esse praedii mei, sit praedii, si non potest, tum sit personae . . . nam si praedii est, constat non esse personalem, si non est praedii et est servitus, non potest alia relinqui, quam quae sit personae." Jan. a Costa (ob. 1637.) idem sentit[21]). „Observandum esse aliquando servitutes, quae regulariter praediorum esse dicantur, dici posse servitutes personarum, si contemplatione personae relinquan-

16) comment. in lib. II. Resp. Papin.
17) l. c.
18) XXIV. c. 22.
19) ad. tit. S. P. R.
20) in comment. de jure civili lib. X. c. 1. §. 2—4.
21) in praelect. ad tit. Dig. de servitut. in Meerm. thes. I. p. 700. et ad Instit. II, 3. §. 3.

tur; quo casu cessare regulam juris, servitutem praedii relinqui non posse ei, qui vicinum praedium non habeat." Eandem sententiam defendunt Merillius (ob. 1622.)[22], d'Avezan[23]), Maranus (ob. 1622.)[24], qui tamen omnes praediorum servitutes personarum jure constitui posse negant. Ant. Faber in rationalib. ad Pandect. in contrarias sententias distrahitur.[25]

Horum opinionem Icti e Belgio oriundi secuti sunt. In quorum numero imprimis nominandi sunt: Arnoldus Vinnius (ob. 1657.)[26], Joh. Voetius,[27] Ger. Noodt (ob. 1725.)[28], Ant. Schultingius (ob. 1734.)[29].

Neque vero defuerunt, qui opinioni glossae accederent ut Barto. Caepolla[30], qui multas et inutiles distinctiones in medium profert, Ulri. Huber (ob. 1694.)[31], Lyklama,[32] Hilliger.[33] Sed plerique sententiam Ictorum Francogallorum probarunt ut Hub. Giphanius (ob. 1604.)[34] Althusius,[35] Vultejus (ob. 1634),[36] Wolfg. A. Lauterbach

22) ad l. 15. de servitut. (in Ottonis thes. III. p. 647.)

23) in tract. de servitutibus in Meermanni thesauro I. P. III. c. 2. p. 128. et 29., c. 3. p. 133. c. 11. p. 150. et 51. c. 12. p. 152. 153. 154., c. 14. p. 155.

24) in Paratit. ad tit. de servitut. (in opp. p. 131. sq.)

25) cf. ad l. 32. de usuf. et ad l. 4. S. P. R.

26) in comment. ad inst. II, 3. ed Amstelod. 1511. p. 191 et 99. II, 4. p. 203. in partition Jur. lib. I. c. 72.

27) in comment. ad Inst. II, 3. §. 2. in comment. ad Pand. VII, 1. §. 2. Col. Allob. 1769 p. 359. VIII. 3. §. 10. p. 406.

28) ad l. 4. D. 8, 3. ed Lugd. Bat. 1755. tom. I, p. 170. Probab. lib. I. c. 3.

29) in notis ad l. 4. D. 8. 3.

30) in tractat. de servitut. Lausa. 1737.

31) in praelec. juris civ. ad Inst. 2, 3. tom. I. p. 153, ad D. 8, 2 et 3. §. 2. tom. II, p. 367

32) in Membr. VI, 10.

33) Donellus enucleatus lib. XI. c. 1. n. d.

34) ad Inst. 2, 3.

35) Jurisp. Roman. lib. I. c. 6. §. rustica mediat.

36) Jurisprud. Roman. lib. I. c. 63 §. servit. person. spec. et §. innom. servit. person.

(ob. 1678),[37] Jo. Aug. Hellfeld (ob. 1782),[38] Höpfner (ob. 1797),[39] Heineccius (ob. 1741),[40] Sam. de Cocceji (ob. 1755),[41] E. C. Westphal (ob. 1792),[42] Glück.[43] Haec sententia recentiore quoque aetate praevaluit atque inprimis a Loehrio[44] et ab Hassio[45] defensa atque exposita est. Qui servitutum divisionem in regulares atque irregulares factam supervacaneam inulitemque improbarunt, quia, si quae jura praediis constitui solent, personis debeantur, semper usus vel ususfructus sint. Contra Mühlenbruchius,[46] servitutes in regulares atque irregulares haud incommode dividi contendebat, quia hae ex praediorum servitutum natura aliquid retinerent. „Nam licet haustus aquae pecoris ad aquam appulsus aliaque ex eo genere servitutis jure etiam personis concedi soleant, tamen iis, qui vicini non sint, inutiliter concedi.“[47] Quae sententia vehementer a Ictis inprimis a Thibautio impugnata est neque injuria, si servitutes irregulares eodem sensu quo Zasius aliique Icti accipiamus. Sed ex iis, quae Mühlenbruchius postea uberius in medium protulit, eum aliam huic verbo significationem subjeccisse apparet.[48] Nam ut glossa praedii servitutem ad dies vitae concessam servitutem personae ita Mühlenbruchius servitutem irregularem eam appellat, ceteroquin unum idemque quod Cujacius aliique sentit. Loquitur enim fere hunc in modum: Naturam servitutum praediorum exigere, ut praedia sint vicina, ut servitus praedio, cui debeatur, sit utilis neve ultra

---

37) colleg. theor. prac. VII, 2. §. 5.
38) Jurisp. for. §. 632.
39) Inst. §. 348.
40) Observ. ad Pandect. P. II. §. 101.
41) jus civil. controv. lib. VII. tit. 1. q. 1.
42) de lib. et serv. praedi. p. 322. sq.
43) Comment. IX. p. 19. et 158.
44) Magazin III. p. 497.
45) Rheinisches Museum I. p. 73. not. 3.
46) doct. pandect. II, §. 278.
47) ibid. n. 8.
48) civilist. Archiv 15. p. 382. sq.

ejus utilitatem exerceatur. Haec in omnibus praediorum servitutibus concurrere debere etiam in iis, quae voluntate contrahentium una cum personae morte intereant. Si autem servitutem ultra praedii utilitatem constitui velimus, usus aut ususfructus concedatur necesse esse. Quarum servitutum quum eodem modo quo praediorum certae appellationes more atque usu receptae essent, Romanos verbi gratia inter haustum et usum aquae subtiliter distinxisse. Quin etiam si aut nomen desit aut jure civili non constituta sit servitus, tamen si manifestum sit, et quae ex voluntate contrahentium data sint et cui debeantur, praetoris tuitione servitutem valere. Quae quum ita sint, communem Ictorum opinionem Mühlenbruchium sequi et in eo solum dissentire videmus, quod aliam servitutibus irregularibus notionem subjicit. Praeterea ut glossa servitutem praedialem ad dies vitae concessam, servitutem personae nominat. Quae quum ignorarent, multi eum contrariae sententiae defensorem habuerunt, quod eo facilius fieri potuit, quia ipse contra Loehrii et Hassii sententiam scripsit, quamquam unum idemque quod hi sensit. Hodie fere omnes Icti nomen servitutem irregularium supevacaneum esse putant. (Contra illud hodie adhuc Zilonacki defendit.) Quibus expositis satis ostendisse mihi videor, quae Icti a glossatoribus inde usque ad nostram aetatem de servitutibus irregularibus judicaverunt. Sequitur ut nonulla fragmenta interpretando, quae earum servitutum ratio jure Romano fuerit cognoscamus.

1. l. 32. D. de usufructu. (7, 1).

Si quis unas[49]) aedes, quas solas habet, vel fundum tradit, excipere potest id, quod personae non praedii est, veluti usum et usumfructum. Sed et si excipiat, ut pas-

---

49) Vulg. habet binas sed jam Accursius recte „alias, inquit, binas et alias unas et non est vis cum nihil sibi servaverit.“ cf. Schulting notae ad h. l. II, p. 224. Zachariae in civilist. Archiv p. 18. not. 17.

cere sibi vel inhabitare liceat, valet exceptio, quum ex multis saltibus pastione fructus perciperetur. Et habitationis exceptione sive temporalis[50]) sive usque ad mortem ejus, qui excepit, usus videtur exceptus.

Fragmentum ex Pomponii libro XXXIII. ad Sabinum sumtum in duas partes divisum est, quarum prior Sabini sententiam (si quis — usum et usumfructum,) posterior Pomponii verba illam exemplis exponentia complectitur.

Sabino, eum qui domum, quam solam habet, vel fundum tradit (Sabinus quin mancipat vel in jure cedit scripserit dubium non est), ut usum vel usumfructum, quia personae non praedii sit, retineat pacisci posse placet. Quid? pastionis vel habitationis exceptio nonne valet? Pomponius eam utilem esse affirmat, quum et ex multis saltibus pastione fructus percipiantur et habitationis exceptione usus videatur exceptus.

Quum is, quem Pomponius et Sabinus in tradendo fundo jus sibi excepisse volunt, nullum habeat praedium vicinum, de praediorum servitute agi non potest, attamen utrum personae servitus an obligatio sit, in dubium vocatur. Alii glossatorum servitutem personalem, alii, ut Accursius, jus quoddam ex promissione vel ex alio contractu quaesitum esse putabant. Nam servitutem pascendi, si servitus sit, semper esse realem sive praedialem. Et quandoque dicatur, eam esse personalem, exponi, ut cum certa persona quantum ad commodum finiatur servitus non sui natura: quia postea obstatura sit exceptio.[51]) Verbum autem usus non servitutem personae sed obligationem quantum ad commodum contractam significare. Idem sentit Bartolus.[52]) Sed primo loco glossa, quae servitutem pascendi, si servitus sit, semper esse praedialem contendit, pro explorato habet, quod demonstrandum est. Deinde

---

50) alii temporali, sed ita recte legunt Haloand. et Vulg. cf. Schulting l. c. Zachariae l. c. not. 18.

51) gl. ad h. l. si valet exceptio.

52) ad l. 4. D. 8, 3.

Sabinum et Pomponium non de obligationis jure sed de servitute loqui, ex eo satis elucet, quod excipiendi verbum si servitutis, inprimis ususfructus constitutio ita fit, ut in dominio transferendo detrahatur, adhiberi solet.[53]) Neque vero ulla ratio invenitur, cur aliam hoc loco notionem subjiciendam esse arbitremur, imprimis quum fragmentum nostrum in titulo, qui est de usufructu, legamus. Denique glossa in eo nititur, quod Pomponius habitationis exceptione usum videri exceptum dicat. At ejus aetate praeter usum et usumfructum nullae fuere servitutes personarum et demum Justiniani tempore „si cui habitatio legata sive aliquo modo constitututa sit, neque usus videbatur neque ususfructus sed quasi proprium aliquod jus.[54])

Quae quum ita sint, glossae sententia repudiata nihil aliud relinquitur, nisi ut jus exceptum servitus personae i. e. usum vel usumfructum esse credamus. Sabini sententiam Pomponius in posteriore fragmenti parte exemplis illustrat. Nam si quis fundo, quem solum habeat, tradito vel aedibus jus pascendi aut inhabitandi sibi excipiat, valere exceptionem. „Videtur enim in eo agro usumfructum, in aedibus usum sibi excipere, quia in agro omnino necesse est, ipsa pastione ex multis saltibus fructum aliquem percipi, ubi autem fructus percipitur, recte ususfructus dicitur.[55]) Quod autem de jure pascendi valet, idem de aliis quoque praediorum servitutibus valere necesse est. Itaque apparet, quarum rerum servitutes praediis, earum etiam personis usum et usumfructum posse constitui.

---

53) G. II. §. 33. Vat. fragm. §. 47, 50, 51, 80. Buchholz in notis ad h. l. Schrader in ephem. jurid. Tub. I, p. 183. Hasse rheinisch Museum I, p. 91. in fin. Dirksen. de variis denominationibus constitutionis jurium in re aliena per deductionem Regim. 1826. (Vermischte Schriften I. p. 117.) Idem Manuale latin. sub h. v. excipere §. 7. l. 32. 36, D. 7. 1. l. 126. §. 1. V. O. (45, 1) l. 22. §. 1. D. 12, 6. l. 76, D. 18, 1.

54) §. 5. I. 2, 5.

55) Stephanus apud Zachariam l. c.

2. l. 4—6. D. de S. P. R. (8, 3.)

4. Papinianus libro II. Responsorum. — Pecoris pascendi servitus, item ad aquam appellendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat, praedii magis, quam personae videtur.[56]) Si tamen testator personam demonstravit, cui servitutem praestari voluit, emtori vel heredi non eadem praestabitur servitus.

5. Ulpianus libro XVII. ad Edictum. Ergo secundum eum et vindicari poterit. §. 1. Neratius libris ex Plautio ait, nec haustum, pecoris nec appulsum, nec cretae eximendae calcisque coquendae jus posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat; et hoc Proculum 'et Atilicinum existimasse ait. Sed ipse dicit, ut maxime calcis coquendae et cretae eximendae servitus constitui possit, non ultra posse, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit.

6. Paulus libro XV. ad Plautium. — veluti si figlinas haberet, in quibus ea vasa fierent, quibus fructus ejus fundi exportaretur, sicuti in quibusdam fit, ut amphoris vinum evehatur, aut ut dolia fiant,[57]) vel tegulae ad villam aedificandam. Sed si ut vasa venirent, figlinae exercerentur, ususfructus erit. §. 1. Item longe recedit ab usufructu jus calcis coquendae et lapidis eximendi et arenae fodiendae aedificandi ejus gratia, quod in fundo est; item silvae caeduae, ut pedamenta in vineas non desint. Quid ergo, si praediorum melio-

---

56) Ita Haloander non jure legendum esse conjecit. Vulg. rectam habet lectionem: „praedii magis quam personae videntur," Florent. contra mendosam: „pecoris pascendi servitutes . . . . personae videtur."

57) Verba „ut aut dolia fiant" per parenthesin dicta et cum verbis „sicuti in quibusdam fit," verba autem „vel tegulae ad villam aedificandam" cum sententia principali sunt conjungenda (veluti si figlinas haberet in quibus . . . . vasa fierent . . . . vel tegulae ad villam aedificandam.) Sunt qui quum verba „aut ut dolila fiant" non ad ea, quae in parenthesi posita sunt, trahenda esse putarent, pro „fiant" legant „fierent." Quod non probandum videtur.

rem causam haec faciant? Non est dubitandum, quin servitutis sit.

Haec fragmenta glossa hunc in modum interpretatur. Si praedio, ex quo nullum alium fructum percipere quaero, nisi ut ibi commorentur pecora mea, jaceant, recipiantur et reducantur, servitutem pecoris pascendi acquiro, quae quum jus praedii sit, sui natura ad heredem et emtorem transit, nisi in contrarium expresse dictum est, nam hoc casu est servitus personae i. e. praedialis quae morte possessoris ejus praedii cui debetur, per exceptionem finitur. Sed si is, cui pascendi servitus conceditur, nullum habet praedium, est jus personale. Item si servitus ultra praedii necessitatem imponitur, neque praedii neque personae sed utilitas quaedam fruendi est.

Quae probanda mihi non videntur. Nam si personae servitus praedii opponitur, numquam servitutem praedialem ad dies vitae concessam sed servitutem constitutam personae i. e. usum vel usumfructum significat. Atque, ut jam supra docuimus, usuifructui Romani notionem servitutis personae non juris personalis subjiciunt. Cun glossa autem consentiunt Bartolus.[58]) Zasius aliique. Contrariam atque ut nobis videtur, rectam interpretationem Cujacius in medium profert.[59])

Papiniano placet servitutes pecoris pascendi item ad aquam appellendi interdum magis praedii quam personae esse videri; quare modo personae modo praedio illas constitui posse satis emergit. Quaeritur quando personalis quando realis sit habenda? Omnis servitus quum ei utilis esse debeat, cui conceditur, si verbi gratia jus pecoris pascendi pecuariam facienti debetur, personae et si ei, qui pecore ad stercorandum colendumque agrum utitur, praedii servitus est. Ideo Papinianus jus pecoris pascendi, si praedii fructus maxime in pecore consistat i. e. pecore percipiatur, praedii servitutem esse arbitratur. Servitus ita praedio con-

---

58) ad l. 4. D. 8, 3.

59) in comment. in lib. II. Resp. Papiniani.

stituta in perpetuum cum eo conjuncta est, si tamen testator personam demonstravit, cui eam praestari voluit, emtori vel heredi non praestabitur. Non desunt, qui Papinianum de servitute personae loqui censeant.[60] Sed quum Papinianus verbo servitutis, quod fere semper praedii servitutem significat, utatur et paulo ante de praedii servitute loquatur, haec quoque verba ad praedii jus referenda sunt. Ita cum glossa sentiunt Mühlenbruchius,[61] Sintenis,[62] Zachariae.[63] Papinianum ergo inter servitutem praedii ad dies vitae concessam et personae distinxisse videmus.

Sequitur fragmentum quintum, cujus principium non cum antecedenti sed tertio conjungendum esse, inscriptio monet. In illo enim Ulpianus Neratio placuisse affert, si iter ad flumen publicum debeatur, haustum cedi non oportere, ergo secundum eum (Neratium), ut in hoc fragmento pergit, et vindicari posse sc. iter ad flumen publicum[64]. Compilatorum autem consilio haec verba ad fragmentum quoque quartum referenda esse, credendum est, ut ita sint accipienda: servitutem praedialem ad dies vitae coustitutam eodem modo quo et praediorum et personarum servitutes vindicari posse[65]. Sequens paragraphus cum fragmento antecedenti non cohaeret. Ulpianus enim Neratii, Atilicini sententiam affert, nec haustum, pecoris nec appulsum, nec cretae eximendae calcisque coquendae jus posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat neque ultra, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus sit. Forsitan mihi objeceris, haec Papiniani sententiae, qui omnem servitutem modo personae modo praedio constitui posse censuit,

---

60) Janus a Costa ad inst. 2, 3 p. 190. Arnold Vinnius Comment. in instit. II, 3, p. 191.

61) civil. Archiv 15. p. 386.

62) Civilrecht §. 58. Not. 2.

63) civil. Archiv l. c.

64) Labitti usus ind. Pand. c. 3 §. 1. in Wielingii jurisprud. restit. P. posterior p. 36. Dionysius Gothofredus ad glossam h. l.

65) Mühlenbr. civilist. Archiv 15 p. 386.

repugnare. Personae autem servitutem vel ei qui nullum praedium habeat, deberi posse[66]), fragmentum, quod modo interpretati sumus, demonstrat. Sed ex servitutis vocabulo, quod fere semper ad praedii jus significandum usurpatur, eum de praediorum tantum servitutibus loqui, apparet[67]).

In fragmento sexto illud Ulpiani, servitutem non ultra praedii utilitatem exerceri posse, exemplis illustratur. Jus enim cretae eximendae, ei constitutum, qui figlinas habeat, in quibus ea vasa fiant, quibus fructus ejus fundi exportetur, servitutem praedii habendum esse, quia ad praedii utilitatem pertineat. Quid? nonne idem jus est, si figlino debetur, qui vasis negotiatur? Certe praedii servitus non est, quia ultra quam ad fundum ipsum opus est exercetur, sed ususfructus. In sequenti §o alia exempla afferuntur, quibus, quid inter servitutem praedii atque usumfructum intersit, demonstratur. Namsi jus calcis coquendae etc. aedificandi ejus gratia constitutum sit, quod in fundo est, ut ejus causa melior fiat, non esse usumfructum sed servitutem praedii. Vocem autem ususfructus non facultatem quandam fruendi sed personae servitutem significare, ex iisdem causis, quas jam supra exposuimus, sequitur.

Quae quum ita sint, eadem jura quae praediis etiam personis constitui posse cognoscimus, ita tamen, ut naturam usus vel ususfructus assumant: nam qui fragmento quinto moti contrariam sententiam defendunt, illud ad solas praediorum servitutes referendum esse, non animadvertunt.

3. l. 37. D. 8, 3.

Paulus libro III. Responsorum. *Λούκιος Τίτιος Γαΐῳ Σεΐῳ τῷ ἀδελφῷ πλεῖστα χαίρειν. Ὕδατος τοῦ ῥέοντος εἰς τὴν κρήνην τὴν κατασκευασθεῖσαν ἐν ἰσθμῷ ὑπὸ τοῦ πατρός μου, δίδωμι καὶ χαρίζομαί σοι δάκτυλον εἰσ τὴν οἰκίαν σου τὴν ἐν τῷ ἰσθμῷ ἢ ὅπου δ' ἂν βούλει* (Lucius Titius Cajo Sejo fratri plurimam salutem! De aqua fluente in fontem, quem pater meus in isthmo instruxit,

66) l. 32. cit.

67) l. 9. §. 7. quod met. causa. l. 1. pr. D. cond. tritict.

do concedoque tibi gratuito digitum sive ad domum, quam in isthmo tenes, sive quocunque tandem volueris; Versio vulgata) quaero an ex hac scriptura usus aquae etiam ad heredes Caji Seji pertineat? Paulus respondit, usum aquae personalem ad heredem Seji, quasi usuarii, transmitti non opertere.

Servitus aquae ducendae quum praedialis esse soleat, una cum praedio ad omnem ejus possessorem transit. Nihilo minus hoc casu Paulus id fieri negat; quare quaeritur illud jus utrum praedialis servitus ad dies vitae constituta an servitus personalis an obligatio habendum sit. Servitutem praedialem ad dies vitae usuarii constitutam esse non posse, ex eo apparet, quod ita Cajo Sejo datur, ut quocunque velit, aquae modulum ducere ei concedatur. Nam servitutes praediorum quum sint qualitates, nunquam a praedio, cui debentur, separari atque ad aliud transferri licet. Ideo nihil relinquitur nisi, ut aut servitus personalis aut jus obligationis sit. Glossa, cujus sententiae Udalricus Zasius, [68]) Alciatus, [69]) Ant. Faber, [70]) Caepolla [71]) assentiunt, obligationem personalem esse putant, ut verbum usus non servitutem sed potestatem vel simplicem facultatem significet. Sed etiam hoc loco obstat, quod vox usus a Ictis servitus personae concessa intelligi solet et inprimis quod hoc fragmentum in libro Digestorum, qui de servitutibus est, inveniatur.

Dubitatio autem existit eo, quod jus aquae ducendae per epistolam conceditur; nam servitutes in jure antijustinianeo, ut ita dicam, nullo alio modo nisi per mancipationem aut in jure cessionem in italicis, in provincialibus praediis pactis et stupulationibus imponi potuerunt [72]). Ideo quum de fonte agatur, quem pater L. Titii in isthmo instruxerat, servitutem aquae pactis et stipulationibus constituere

68) ad h. l.
69) disp. II, 7.
70) Rational. ad h. l.
71) in tract. de servitut. p. 5, sq.
72) Gaj. I, 29, 31.

licebat. Quid? epistola protuitne constitutio fieri? Quod certe negandum est, quare sunt Icti, qui L. Titium C. Sejo jus aquae ducendae codicillo legasse existiment. Sed quia epistola non ad heredem sed ad eum ipsum, cui jus debetur, scripta est, Zachariae eorum sententiam recte improbat. Nobis contra placet, servitutem aquae ducendae Cajo Sejo a L. Titio per epistolam donatam (do concedoque tibi gratuito) posteaque aut pactionibus aut stipulationibus constitutam esse. Atque quum ea, quae donator voluit, forte ex epistola optime cognosci potuerint, haec ad Paulum translata est. Stipulationem ergo eum silentio praeteriisse verisimile est. Eodem fere modo Mühlenbruchius [73]) ex eo, quod Paulus C. Sejum non usuarium sed quasi usuarium appellat, servitutem non jure constitutam esse apparere putat.

Quibus expositis, jus quoque aquae ducendae personae concedi posse videmus, quare [74]) usus aquae personalis esse et ideo ad heredem usuarii transmitti non posse recte dicitur.

4. l. 6. D. 33, 3.

Papinianus libro VII. Responsorum. Pater filiae domum legavit, eique per domus hereditarias jus transeundi praestari voluit; si filia domum suam habitat, viro quoque jus transeundi praestabitur, alioquin filiae praestari non videbitur. Quodsi quis non usum transeundi personae datum sed legatum servitutis esse plenum intelligat, tantundem juris ad heredem quoque transmittetur: quod hic nequamquam admittendum est, ne quod affectu filiae datum est, hoc et ad exteros ejus heredes transire videatur.

Pater quum filiae domum legasset, per domus hereditarias ei jus transeundi praestari voluit. Sunt qui hoc quoque loco glossae auctoritate moti, jus personale non servitutem legatum esse censeant. Sed non solum repugnat, Papiniani fragmentum in titulo, qui de servitute legata in-

73) l. c. p. 386.
74) l. 21. D. 7, 8.

scriptus est inveniri sed etiam usum transeundi personae datum pleno servitutis legato opponi, quod si de obligationis jure agatur, ineptum esset. Quid? de servitute urbana usque ad mortem filiae data censesne Papinianum loqui? Pater filiae domum legavit eique jus transeundi per domus hereditarias concessit; ergo est praedium et cui debetur et quod debet servitutem. Sed quum Papiniano, maritum quoque filiae jure transeundi uti posse placeat, servitus urbana, qua constituta non solum viro sed etiam omnibus, qui domum incolunt vel domus causa adveniunt, per aedes servientes ire licet, nullo modo habenda est. Ad hoc jus transeundi non domus contemplatione sed filiae affectu concessum dicitur; quamobrem servitutem personalem filiae legatam esse credendum est. Quae recte servitutis legato pleno opponitur, quoniam ad exteros filiae heredes non transit. Multi Icti haec verba non recte intellexerunt. Ita d'Avezan[75]), Papinianum responsum a natura atque ratione servitutum personarum discrepans dedisse arguit. „Nam in hujus legis specie, inquit, custodite Papinianus ait, jus transeundi, quod relictum est a patre filiae, quod personale esse constat, transmitti non posse ad heredes exteros ad differentiam sc. filiorum ad quos transmitti posse innuit, quamvis personae tantum filiae concessum sit." Sed feminae suos heredes omnino non habent, quare ut sui et extranei heredes opponantur, fieri non potest. Itaque Zachariae sententia probanda est, qui quum de extraneis heredibus Papinianum loqui neget, exteros eos, quibus jus transeundi non relictum sit, esse intelligit. Verba autem ad exteros ejus heredes esse circumscribenda: ad exteros qui ejus heredes fiant.

5. l. 14. §. 3. D. 34, 1.

Ulpianus libro II. Fideicommissorum. Quidam libertis suis ut alimenta, ita aquam quoque per fideicommissum reliquerat; consulebar de fideicommisso, quum in ea re-

---

75) in tractatu de servitut. P. 3. c. 3. p. 133.

gione Africae vel forte Aegypti res agi proponebatur, ubi aqua venalis est; dicebam igitur, esse emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas id reliquerit, sive non, ut sit in fideicommisso, quanto quis aquam sibi esset comparaturus; nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta. Nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam appulsus est servitus personae, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur. In eadem causa erunt gestandi, vel in tuo uvas premendi, vel areae tuae ad frumenta ceteraque legumina exprimenda utendi; haec enim aqua personae relinquitur.

Quidam in Africa libertis suis ut alimenta ita aquam quoque per fideicommissum reliquerat; quod, quum in illa regione aqua venumdari soleat, utile esse in dubium vocari non potest. Quare si testator nullas cisternas habuit, in fideicommisso continetur, quanti liberti aquam comparaturi essent, si non esset iis legata. Si vero habuit, quonam jure aqua relicta sit, dubium esse potest. Sed ex refutatione, quam Ulpianus fideicommissum utile esse neganti opponit, testatorem aequae servitutem libertis constituere voluisse, satis apparet. Jus aquae, quum in praediorum servitutum numero habeatur, nisi inter praedia vicina constitui non potest. Sed quamquam liberti nullum praedium vicinum habent, tamen Ulpiano inutile esse fideicommissum non placet, „nam et haustum aquae . . . hanc enim aquam personae relinqui." Hujus fragmenti permulti Icti frustra susceperunt laborem. Glossa non jure servitutis sed obligationis libertis aquam relictam esse contendit eamque Bartolus, Caepolla[76]), D. Gothofredus[77]), Cocceji[78]), Mühlenbruchius[79]) sequuntur. Fideicommissum utile esse, quia emolumentum in se contineat, nam in terra, ubi aqua

---

76) in tract. de servitut. p. 5 sq.
77) in not. ad h. l.
78) jus civile controv. I, p. 440.
79) civilist. Archiv. 15, p. 392.

venumdari soleat, esse relictum. Neque vero ideo non valere quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta, nam hanc aquam personae reliqui. Quodsi quis servitutem personae i. e. praedialem, quae cum persona finiatur, quando hoc actum sit, relictam habeat, non valere, quia liberti nullum praedium vicinum possideant. Verba autem a „nam“ inde usque ad „exprimenda“ utendi ab Ulpiano per parenthesin dicta esse, in quibus „tanquam dubitandi causa afferantur exempla. Removere tamen dubia Ulpianum eo, quod omnino non quaeratur de servitutum jure in argumento proposito sed de mero jure personali, quare nec necesse sit, ut vicinum praedium is habeat ad quem jus spectet[80]).“ Contra hanc autem sententiam multa sunt quae afferamus. Primum servitutem praedialem usque ad dies vitae concessam servitutem personae appellari nulla lege probatur. Mühlenbruchius, qui glossae usum loquendi accepit, talem servitutem irregularem vocat. Deinde si verba „nam et haustus“ etc. per parenthesin dicta putamus, quae sunt jungenda, nimis longa sententia interjecta separata sunt, quare fortasse aliquid excusationis haberet, Ulpianum ex oratione obliqua in directam transiisse („haec enim aqua“). Tum quare Ulpianus, si de jure personali loquatur, dubitationem illam de servitute inductam tam multis verbis refellerit, intelligendum non est. Denique oratione minus apta ad significandum obligationis jus usus esset; nam nihil est, quod impediat, quominus illa verba „haec enim aqua“ ad servitutem personae concessam referamus. At si, ut glossae placet, Ulpiani intererat, aquam non jure servitutis personae sed tantum obligationis relictam esse ostendere, aliis ac definitis verbis eum usum fuisse, quis est quin credat? Postremo non omnes servitutes ab Ulpiano allatas in praediorum numero esse constat. Nam jus gestandi, quia praedio non utile est, eodem modo quo ambulandi[81]) servitus imponi non potest. Quae quum ita

---

80) Mühlenbr. doct. Pand. II. §. 279. n. g.

81) l. 8. pr. de. serv.

sint, glossae sententia certe improbanda est. Vangerovius contra Mühlenbruchium id quoque affert, ex ipsa personarum servitutum natura, ut praedia vicina sint, non sequi; sed eum servitutem praedialem, quae morte ejus cui debetur, interit, servitutem personae appellare parum intellexit.

Aliam viam iniit Janus a Costa, qui Ulpianum argumento[82]) ab absurdo uti censet. „Nam Ulpianus, inquit, ad objectionem, quam quis facere potuit ex regula juris hoc loco proposita, perspicue respondet, cessare regulam, quum non praedii sed personae servitus est, ut in servitute gestandi etc., quas omnes constat esse potius personales quam praediales l. 8. de servit. Et quum certum sit, haustum aquae ut pecoris ad aquam appulsum aliquando esse servitutem personalem, si hanc servitutem, inquit Ulpianus, dicimus ei inutiliter relinqui, qui vicinum praedium non habet, in eadem causa erunt omnes servitutes personales utputa servitus gestandi et ceterae, quas tamen constat non inutiliter relinqui ei, qui vicinus non est. Ne igitur sequatur hoc absurdum, definiendum est, utile esse fideicommissum aquae; haec enim aqua, ut recte concludit Ulpianus, personae relinquitur. Sunt enim verba ita legenda et interpungenda: nam et si haustus aquae ut pecoris ad aquam appulsus est servitus personae, tamen ei, qui vicinus non est inutiliter relinquitur; in eadem causa erunt servitutes gestandi etc. sublata interpunctione illo loco, in eadem causa, quae elegantissimum sensum turbat. Utitur enim Ulpianus argumento ab absurdo ut in l. 19. S. P. R. [83])" Neque vero haec opinio probanda est, quia, ut recte Zachariae monet, si ita interpretamur, non solum tota verborum compositio displicet sed etiam post vocem utendi supplenda sunt verba: quas tamen servitutes omnes constat potius esse personales quam praediales; praeterea verba finalia cum antecedentibus nullo modo cohaerent.

---

82) ad Inst. Just. II. 3. ed. van de Water 1719 p. 190.

83) cf. eundem in praelect. ad tit. Dig. de servit. in Meermanni thesauro. Tom. I., p. 700.

Donellus[84]), quum vulgarem lectionem falsam haberet, fragmentum ita legendum et interpungendum esse putavit: nam et haustus aquae, ut pecoris ad aquam appulsus est servitus. Personae tamen ejus, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur. Haec enim verba „nam et haustus aquae“ et quae sequuntur usque ad illa extrema „haec enim aqua“ per parenthesin legenda esse; rationem autem posteriorem, quae hanc parenthesin excipiat, ad principium responsi, priorem, quae per parenthesin subjiciatur, ad objectionem ab Ulpiano sibi oppositam referendam esse. Nam quum antea dixisset, nec videri inutile esse fideicommissum quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta, eum subjicere, nam et haustum aquae ut pecoris ad aquam appulsum esse servitutem, nempe praedii, tamen personae ejus, qui vicinus non sit, inutiliter relinqui; eandemque causam esse ceterarum servitutum, quas subjiciat. Finita autem parenthesi respondere eum ad objectionem his verbis: haec enim aqua personae relinquitur non ergo praedio. Quodsi non praedio, non esse necesse ad hanc seu aquam seu aquae ex cisternis testatoris sumendae servitutem obtinendam, ut fideicommissarius praedium habeat, proinde multo minus necesse, ut habeat vicinum.

Quamquam Donellum acute arguteque hunc locum interpretatum esse nobis confitendum est, tamen ejus sententiam probare non possumus. Nam quum unam ex servitutibus ab Ulpiano allatis nunquam, ut jam supra diximus, praedio imponere licet, ut eum de praediorum servitutibus locutum fuisse accipiamus, fieri non potest. Multi alii Icti inveniuntur, qui licet a vulgata lectione recesserint, tamen nostrum fragmentum recte interpretari frustra conati sint. [85]) Veram lectionem apud Cujacium invenimus, quam hodie fere omnes Icti receperunt, Hic enim locum ita legendum esse putat: „nam et haustus aquae ut pecoris ad aquam appulsus est servitus, personae tamen ejus qui vi-

84) comment. de jure civili XI., cap. 7. §. 6.
85) Schulting in notis ad h. l. 5. p. 418 sq.

cinus non est, non inutiliter relinquitur." Quae conjectura nimis audacter posita haberi non potest, quia ut in codicibus scriptis cum illud signum „ʾ", quod voci ei adscribebatur, ut „ejus" significaret, tum propter duas negationes (non est non) particula non omitteretur, facile fieri potuit. Interpunctionem autem mutatam esse, ut defendamus, necesse nobis non videtur, quia omnino nulla in libris scriptis invenitur. Praeterea haec codicis Florentini pars quo minus emendate scripta est, eo facilius illam Cujacii emendationem accipere possumus.

Fragmentum in duas partes divisum est, quarum prior verba „quidam libertis suis" usque ad ea „vicinae possessionis relicta," posterior inde verba usque ad finem continet. In priore parte Ulpianus casum et responsum a se datum refert. Quidam in Africa libertis suis aquam reliquerat per fideicommissum, quod, quum in ea regione aqua venundari soleat, utile videtur. Quare si testator cisternas non habuit, in fideicommisso continetur, quanti liberti aquam comparaturi essent, si non esset iis legata; quodsi vero habuit, libertis jus aquae constituatur necesse est. Servitutem quidem relictam esse non dicit omnino, sed ex objectione posita, testatorem servitutem imponere voluisse satis apparet. Quid? praedium vicinum num liberti habent? Fideicommissarii praedium non habent, attamen Ulpianus non videri inutile esse fideicommissum putat, quasi servitute praedii non possessori vicinae possessionis relicta. Ergo quum servitus aquae ex testatoris voluntate constituatur necesse sit — nam alias, cur Ulpianus illam de servitute objectionem posuerit, nulla causa invenitur — praedii autem servitus concedi non possit, nihil relinquitur, nisi ut sit servitus personae. Non desunt, qui verba finalia hoc loco ponenda esse putant. [86]) Quod si accipimus, Ulpianus, ut recte Zachariae monet, „hanc enim aquam personae relinqui", scriberet necesse erat, quare post illa verba vicinae persessionis relicta tale quid supplere aptius nobis videtur. In posteriore parte rationem subjicit, cur per

86) cf. Schulting l. c.

fideicommissum jus aquae utiliter relictum sit. Nam et haustus aquae, inquit, ut pecoris ad aquam appulsus est servitus, personae tamen ejus qui vicinus non est, non inutiliter relinquitur. Verbum personae cum sequentibus verbis „tamen ejus" conjungi debet. Nam quum in priore parte, servitutem aquae personae quoque nullum praedium habenti utiliter constitui dixisset, in posteriore idem in aquae haustus et pecoris ad aquam appulsus servitutibus probat. Hae licet sint servitutes, nempe praediorum, tamen personae ejus qui vicinus non est, utiliter eas relinqui. In eadem causa alias quoque servitutes esse ut jus gestandi vel in tuo uvas premendi, haec enim (jura) aeque personae relinqui. Verba enim finalia ita mutentur opus est, quum Ulpianum rationem responsi dati (nec videri inutile fideicommissum) in fine posuisse verisimile non est.

Quae quum ita sint, hoc quoque Ulpiani fragmento idem jus et servitutem praedii et personae constitui posse demonstratur.

6. l. 1. de usu et usuf. D. 33, 2.

Paulus libro III. ad Sabinum. Nec usus nec ususfructus itineris, actus, viae, aquaeductus legari potest, quia servitus servitutis esse non potest: nec erit utile ex Senatusconsulto, quo cavetur, ut omnium, quae in bonis sint, ususfructus legari possit, quia id neque ex bonis, neque extra bona sit; sed incerti actio erit cum herede, ut legatario, quamdiu vixerit, eundi, agendi, ducendi facultatem praestet; aut ea servitus constituatur sub hac cautione, ut, si decesserit legatarius, vel capite deminutus ex magna causa fuerit, restituatur.

Si quis usum vel usumfructum itineris aut actus aut viae aut aquaeductus relinquit, Paulus negat, legatum utile esse, quia servitus servitutis constitui non possit. Via enim non pro simplici via sed pro servitute posita est. Sed quum in supremis voluntatibus interpretandis semper spectandum est, ut quae testator voluerit, valeant, incerti actio erit cum herede, ut legatario, quamdiu vixerit, eu,ndi

agendi, ducendi facultatem praestet, aut ea servitus constituatur sub hac cautione, ut si decesserit legatarius vel capite deminutus ex magna causa fuerit, restituatur.

Alii alio modo hoc fragmentum ad nostram quaestionem pertinere arbitrabantur. Rosshirtius [87]) his Pauli verbis servitutes irregulares, quas vocant, jure Romano omnino non constitui posse demonstrari putat. Et recte quidem si, ut Rosshirtio videtur, earum constitutio ita fieret, ut primum servitus praedii deinde ejusdem servitutis usus concederetur. Quod quam falsum sit, paulo post ostendamus. Alii ex eo quod Paulus testatoris verba non ita interpretatur, ut jus eundi personae servitutem heres constituere cogatur, hoc omnino fieri posse negant. At ex testatoris verbis non servitutem personae sed praedii legatario eum concedere voluisse certe apparuit, ut, quod Paulus hunc casum praetermisit, eam omnino constitui non licere, concludi non possit; nam inter servitutem praedio et personae constitutam multum interesse, pluribus verbis infra explicemus. Quare eorum sententia probanda est, qui hoc fragmentum ad nostram quaestionem pertinere negant.

7. l. 1. §. 12. D. de aqua quot. et aest. (43, 20.)

Ulpianus libro LXX. ad Edictum. Praeterea Labeo scribit, etsi quidam ductus aquarum non sit fundi, quia a quocunque duci possint, tamen ad hoc interdictum pertinere.

Non desunt, qui in hoc quoque fragmento de servitutibus irregularibus agi censeant. Ita d'Avezan [88]) ex eo, quasdam esse servitutes, quae nec praedio inhaereant nec praedium habeant, cujus utilitatem respiciant sequi arbitratur. Sed recte monet Zachariae, quum aliud sit ductus aquae aliud aquaeductus, nostro fragmento nihil probari. Ductum enim aquae nunquam esse servitutem habendam. [89])

Quibus expositis quum servitutes, licet praediorum esse

87) Lehre von den Vermächtnissen II, p. 171—73.
88) in tractatu de servitutibus P. III., c. 2. p. 128.
89) l. 34. §. 1. D. 8, 3.

soleant, tamen personis constitui posse, compertum habeamus, quae earum ratio ac notio sit, nobis quaerendum est. Servitutes praediorum rusticorum atque quidem iter, actum, viam, aquaeductum antiquissimas fuisse verisimile est; quin etiam Icti utrum aliae praeterea constitui possent nec ne, diu inter se dissenserunt. Postea autem eorum sententia praevaluit, qui servitutes, prout vitae esset necessitas, concedi posse putarunt, si modo tot res concurrerent: ut essent in praedio, ut vicini alicujus praedii causa ita constitutae, ut extra praedium ad nullam rem praeterea essent utiles. [90]) Quid? in personarum servitutibus nonne idem valet?

Servitutes praedio vel personae, cui debentur, utiles esse debent. Neque vero in dubium vocari potest, jus, quod praedio constitui solet, personae quoque utilitatem afferre posse. Quare plerisque e re ipsa sequi videtur, servitutes praediorum, quod ad qualitatem utendi attineat, personis quoque concedi posse. Quae diligentius inquiramus necesse est, quoniam Romani in personarum servitutum numero duas modo numerant usum et usumfructum, fructumque sine usu constitui posse negant. Itaque quum servitutes inveniantur, quae licet praediorum sint, tamen personae constituuntur, si in personarum servitutum numero eas computare volumus, usus vel ususfructus naturam sapiant necesse est.

Usumfructum primo apud Romanos in testamentis locum habuisse constat et vel in Justinianea collectione fere semper de usufructu legato agitur. Hoc enim modo facillime fieri potuit, ut testator legatario rem relinqueret neque heredem dominio privaret. Sed quum testatores omnes rei fructus legare solerent, Icti quas leges de usufructu statuunt, ad hanc ejus speciem referunt. Quare, ut alia praeteream, fructuarium naturalem rei possessionem et actiones, quae ipsi quoque domino adversus prohibentes atque offendentes competiturae fuissent et missionem in

---

90) Donellus in comment. lib. X. c. 1. §. 4.

possessionem vicinarum aedium causa damni infecti habere, Ictis placet. Atque nostri quoque Icti ad usumfructuarium vel omnes fructus vel quota pars pertineant necesse esse docent. Quam sententiam veram non esse jam ex ususfructus definitione, quam Romani in medium proferunt, apparet. Docent enim esse jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. [91]) Ita quamquam usufructu legato omnis rei fructus in dubio ad fructuarium pertinere dicitur [92]), tamen nihil impedit, quominus proprietarius certum quendam utendi modum usufructuario imponat. Atque usufructuarius quum non aliter re uti frui debet, quam proprietarius, modum utendi fruendi ab eo observatum egredi non debet. [93])

Omnino nobis monendum videtur, in personarum servitutibus constituendis, quae jura debeantur, a contrahentium voluntate proficisci. Quo fit, ut nullam usus definitionem apud Romanos inveniamus sed solum interpretantis sit, ex eo, quod inter contrahentes actum est, quaenam facultates usuario concessae sint, cognoscere. Et quamquam is, cui usus relictus est, re tantum uti non etiam frui potest, tamen Ulpianus cui aedium usus datus sit, si pensionem percipiat, dum ipse quoque inhabitet, non invidendum esse dicit. Ergo in usu fruendi quoque jus inesse potest. Ut autem usufructuarius, ita usuarius quoque plenum jus utendi habeat, non exigitur, quare nihil est, cur si figlino jus cretae eximendae aut ei qui nullum praedium habet, jus pascendi debetur, usumfructum vel usum constitutum esse negemus. Quod etiam e re ipsa apparet, nam si cui omnium agri fructuum percipiendorum jus, eo magis unius speciei concedere possum. Et quin prati aut fontis ususfructus vel usus constitui possit, certe nemo dubitat, sed quid aliud

---

91) l. 1. D. de usuf. 7, 1.

92) l. 7. pr. l. c.

93) l. 15, §. 6. de usufr.

est ac ususfructus vel usus pascendi aut aquae hauriendae. Quare Romani si jus, quod praedio deberi solet, personae constituitur, usumfructum vel usum appellant. Ita usum transeundi pleno servitutis legato, jus cretae eximendae usuifructui cretae opponunt. Tales personarum servitutes Icti ex Udalrici Zasii aetate irregulares inepte vocabant, quum contra servitutum naturam esse censerent, eas quae praedio deberi solent, personis constitui. Qua in re, ut jam supra demonstravimus, cavendum est, ne earum constitutionem ita fieri putemus, ut primo servitus praedialis deinde ejus usus aut ususfructus concedatur. Servitutes, quae in praediorum numero habentur, praediis propriae non sunt, sed personae quoque deberi possunt. Attamen quum primo solum praediis darentur, κατ᾽ ἐξοχήν praediorum servitutes appellabantur, certa autem nomina acceperunt, ut verbi gratia si jus aquae praedio constituitur, servitus hauriendi, si personae, usus aquae vocaretur. Itaque nomen servitutum irregularium ineptum atque inutile est, quum usus vel ususfructus sint. Icti Romani, ut supra cognovimus, eas ex praediorum servitutum natura nihil retinere docent. Nam una cum morte personae, cui conceduntur, intereunt neque ut praedia vicina aut ne ultra praedii utilitatem exerceantur, exigitur.

Quaeritur possintne eae leges, quas Romani de usufructu in medium protulerunt, etiam ad eum referri, qui unius modo facultatis constituitur. Hoc autem loco, ut jam supra diximus, monendum videtur, Romanos de usufructu praecipientes fere semper eum ante oculos habere, qui omnium fructuum constituitur. Quo fit, ut multas leges, quae sunt adventitiae, tamen proprias ejus in medium proferant; hae vero, si unius facultatis ususfructus constituitur, locum non habent. Quae ex ipsa ususfructus natura sequuntur, in utroque observantur. Ita ususfructus cretae eximendae morte usufructuarii amittitur, deinde aliis figlinae ad exercendum concedi vel locari vel vendi possunt, nam et qui locat utitur et qui vendit utitur, deinde dividuus est, quamquam non desint, qui hoc aliqua ex parte negandum esse

putent.[94]) Sed ex ususfructus natura ut sive omnium sive speciei fructus datur, sit dividuus sequitur. Praeterea usufructuarius et possessionem naturalem [95]) et actiones proprietarii utiles habet et fidejussoribus datis cavere debet, ne re abutatur et ut rem finito usufructo domino restituat. [96]) Quae quum ex eo, quod ad usufructuarium plenum utendi fruendi jus pertinet, sequuntur in usufructu unius modo facultatis constituto non valent. Nam ut illud exemplum iterum afferam, quare is cui ususfructus cretae eximendae constitutus est, naturalem possessionem aut actiones utiles proprietarii haberet? Nam certe ad jus exercendum non toto agro utitur isque alios praetera fructus fert. Atque quum naturaliter non possideat, cautionem de re restituenda eum dare non placet; cautionem vero, ne re abutatur eum praestare fortasse aequm est, quia usufructuario dummodo substantia salva maneat, re uti frui licet. Quae quum ita sint, Icti nostri non probandi sunt, qui de usufructu disserentes ab eo, qui omnium rei fructuum constituitur, proficiscuntur. Quo fit, ut eas leges, quae sunt adventitiae, proprias ejus esse doceant. Nostrum autem est, in quaque juris parte notionem universam proponere.

Quid? omnium rerum, quarum servitutes constituuntur nonne potest constitui usus et ususfructus? Sunt qui hoc negent ut Maranus, [97]) qui servitutum quodammodo tres esse species, dicit, nempe ut aliae sint personales, quae personis semper debeantur, nunquam vero praediis, aliae praediales, quae nunquam personis deberi possint, sed praediis, ut iter, actus, via, aquaeductus et similes: alias denique esse communes, quae modo sint vere personarum, modo praediorum. Cujus sententia ipsis Ictorum verbis refelli potest. Papinianus enim [98]) patrem filiae usum transeundi reliquisse refert; ergo jus eundi personae quoque constitui

94) Zachariae l. c.

95) l. 12 pr. de posses. D. 41, 2. l. 4. uti possid. 43, 17.

96) D. 7, 1.

97) in Paratit. ad tit. de servitut. in opp. p. 131.

98) l. 6. D. 33, 3.

potest. Quare recte Cujacius[99]) „potest, inquit, eadem servitus modo esse praedii, modo personae, nec ulla est, quae semper sit praedii, hoc est, quae non possit esse personalis.[100])" Atque ne eorum quidem sententia probanda videtur, qui, quae servitutes in superficie consistunt, personae non constitui posse putant. Nam quamquam haud abnuerim, raro fortasse eas inveniri, praesertim quum et opus manufactum et duo praedia vicina poscant, tamen fieri posse negare non possumus. Certe autem inter eas et servitutes urbanas ad vitae dies concessas nihil interest, nisi quod illae ipso jure, hae exceptione pacti vel doli amittuntur.

Quarum rerum ergo servitutes constituuntur, earum etiam potest constitui usus et ususfructus, ut nomen servitutum irregularium omnino supervacaneum sit, eoque magis evitandum quo graviores controversias inter Ictos excitavit. Sed quaeritur idemne jus sit sive praedio sive personae debeatur. Plerisque recte placet, modum, non qualitatem utendi diversam esse, quia aliud praediorum utilitas aliud personae poscat. Nam quis est quin videat, verbi gratia jus aquae aliud esse si personae ac si praedio debeatur.[101]) Elverus putat, fieri posse, ut aliquis in personae servitute constituenda easdem leges observari velit, quibus jura praediorum subjecta sunt, ita ut praedia vicina sint, ne servitus ultra praedii utilitatem exerceatur. Sed ipse inter talem servitutem et praedialem ad dies vitae constitutam nihil interesse confitetur, nisi quod haec exceptione pacti vel doli mali, illa ipso jure intereat. Quae quum ita sint, non est causa, cur Romani illam admiserint, neque ullam earum mentionem faciant.

Quum una eademque facultas modo jure obligationis modo servitutis praedii modo usus vel ususfructus concedi possit, quid juris in dubio accipiendum sit, quaeritur.

---

99) in comment. in lib. II. respon.

100) Höpfner, Coment. §. 345.

101) Servit. Lehre p. 194.

Quia conventiones ita interpretandas esse constat, ut, quod mininum est, sequamur, jus personale iis concessum esse praesumendum est, servitutem autem, si jus testamento relictum est, nam omnino verba testamenti, quantum id maxime fieri potest, ejus in commodum accipienda sunt, cui liberalem animum ac beneficium testator significare voluit. Quodsi jus in re concessum videtur, quaeritur, utrum sit servitus praedii an personae. Haec erit regula, ut si servitus constituta potest esse praedii mei, sit praedii, si non potest, tum sit personae[102]. Quare si jus pascendi sibi excipit, qui nullum praedium retinet, est usus vel ususfructus, quia praedii servitus in praedio sit constituta necesse est; idem est, si jus cretae eximendae figlino, qui vasis negotiatur, debetur; nam servitutem realem ultra praedii utilitatem imponere non licet. Praeterea ex genere personarum jus personae datum colligitur, quum pro affectu sanguinis, necessitudinis, amicitiae servitus alicui constituta sit liberalitatis causa. Quod fit cum filio, cognato, amico sub hac ipsa conjunctionis et affectionis demonstratione jus alicui datum sit, veluti quum pater filiae iter per domus hereditarias praestari voluit. Quo casu Papinianus respondit, iter ad heredem non transmitti addita ratione, quae ad omnem similem affectus causam pertineat: „ne, inquit, quod affectu filiae datum est, hoc et ad exteros ejus heredes transiisse videatur[103].“ Si autem constat, servitutem personae constitutam esse, utrum usus an ususfructus sit, in dubium vocatur. Usumfructum datum esse putandum est, si re uti frui possumus aliisque eam vel locare vel vendere licet, usum autem, si solum re uti non etiam frui licet. Attamen ut jam supra diximus, in jure utendi interdum quoque fruendi inesse, etiam hic valet[104]. Non desunt, qui praedio usumfructum concedi posse putent[105]. Sed in maximo enore versantur, quum quae servi-

---

102) Donell. lib. X. c. 1. §. 3.

104) Donell. lib. XI. c. VIII.

105) Hasse rheinisch. Museum I, p. 73, N. 3.

tus praedio debetur, non ultra imponi possit, quam quatenus ad eum ipsum fundum opus est. Ususfructus autem semper utilitatem praedii multo excedit[105]. Haec habui, quae de servitutibus personarum, quas vocunt irregulares, dicerem.

---

105) Sintenis Civil-Recht §. 58, not. 2.

THESES.

I.

Ex servitutibus praediorum rusticorum tantum iter, actus, via, aquaeductus in rerum mancipi numero sunt.

II.

Bona fide non opus est rei propriae debitori ad temporis praescriptionem.

III.

Pseudoisidori collectio in Francorum regno composita est.

IV.

Clientes sunt peregrini, qui, ut Romae tutum domicilium haberent, ad aliquem patricium se applicarunt.

V.

Servitutes, quae in solo consistunt, non utendo, quae in superficie, si vicinus simul libertatem usucapit, amittuntur.

VI.

Naturales filios, licet postea fiant legitimi, ad successionem feudi nec solos nec cum aliis admitti, in hodierno quoque jure valet.